

判例研究

法益關係的錯誤・心神喪失者等医療觀察法・預貯金引出用  
カード電磁的記錄不正作出準備

清水 晴 生

- 第一 錯誤にもとづく同意の有効性判断（最決二〇〇七年四月一三日裁判所時報一四三四号八頁）
- 一 事實概要
- 二 判旨
- 三 錯誤にもとづく同意の有効性判断の基準
  - 1 法益關係的錯誤
  - 2 試論
  - 3 強制にもとづく同意
- 四 本件の検討

第二 心神喪失者等医療観察法は万能か（最決二〇〇七年七月二七日裁判所時報一四四一号四頁）

一 決定の内容

二 検討

第三 暗証番号盗撮と建造物侵入・偽計業務妨害の成否

——あわせて、預貯金引出用カード電磁的記録不正作出準備の可能性について

（最決二〇〇七年七月四日裁判所時報一四三九号七頁）

一 事実

二 判示内容

三 検討

第一 錯誤にもとづく同意の有効性判断

（最決二〇〇七年四月一三日裁判所時報一四三四号八頁）

一 事実概要

最高裁が示した事実関係は次のとおりである。すなわち、

原判決の認定及び記録によれば、本件の事実関係は以下のとおりである。

（1）本件パチンコ店（以下「被害店舗」という。）に設置されている回胴式遊技機（以下「パチスロ機」という。）

「甲」は、その内蔵する電子回路の有する乱数周期を使用して大当たりを連続して発生する場合を抽選するものである。

(2) 被告人が身体に隠匿装着していた、電子回路を内蔵するいわゆる体感器と称する電子機器（以下「本件機器」という。）は、その乱数周期を上記パチスロ機の乱数周期と同期させることによって、上記パチスロ機の大当たりを連続して発生させる絵柄をそろえるための回胴停止ボタンの押し順を判定することができる機能を有するもので、専らパチスロ遊戯において不正にメダルを取得する目的に使用されるものである。

(3) 被害店舗では不正なパチスロ遊戯を行うために使用されるいわゆる体感器のような特殊機器の店内への持込みを許しておらず、もとより体感器を用いた遊戯も禁止して、その旨を店内に掲示するなどして客に告知しており、被告人もこのことを認識していた。

(4) 被告人は、当初から本件機器を使用してメダルを不正に取得する意図のもと被害店舗に入店して本件パチスロ機「甲」五五番台でパチスロ遊戯を行い、本件機器を用いて大当たりを連続して発生させる絵柄をそろえることに成功するなどし、合計約一五二四枚のメダルを取得した。

## 二 判旨

最高裁が示した判断は次のとおりである。すなわち、

以上の事実関係の下において、本件機器がパチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えないものであるとしても、専らメダルの不正取得を目的として上記のような機能を有する本件機器を使用する意図のもと、これを身体に装着し不正取得の機会をうかがいながらパチスロ機で遊戯すること自体、通常の遊戯方法の範囲を逸脱するものであり、パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らかである。そうすると、

被告人が本件パチスロ機「甲」五五番台で取得したメダルについては、それが本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、被害店舗のメダル管理者の意思に反してその占有を侵害し自己の占有に移したものとすべきである。したがって、被告人の取得したメダル約一五二四枚につき窃盗罪の成立を認めた原判断は、正当である。

### 三 錯誤にもとづく同意の有効性判断の基準

右に見たように、本件の被告人の行為について最高裁は、「被告人が本件パチスロ機『甲』五五番台で取得したメダルについては、それが本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、被害店舗のメダル管理者の意思に反してその占有を侵害し自己の占有に移したものとすべき」とした。

この結論にいたる過程で最高裁は、被害店舗がいわゆる体感器の店内への持込みを許していなかったという建造物侵入にかかる事実と、「体感器を用いた遊戯も禁止」していたという窃盗にかかる事実とをあげたうえで、「これを身体に装着し不正取得の機会をうかがいながらパチスロ機で遊戯すること自体、通常の遊戯方法の範囲を逸脱するものであり、パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らか」だとして、被告人が取得したメダルにつき「それが本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず」窃盗罪が成立するとし、原判断を正当とみとめた。

最高裁は「これを身体に装着し不正取得の機会をうかがいながらパチスロ機で遊戯すること自体」まで許容されていなかったことがあきらかとしたが、窃盗罪という個別の構成要件との関係においてこのような判断がはたして正しいものといえるかどうか、体感器の店内への持込みを許していなかったという建造物侵入にかかる考慮との混同が生じてい

ないかについて精査する余地があるようにおもわれる。

すなわち、はたしてほんとうに被害店舗の管理者の意思に反していたといえるのかどうか、被害店舗の管理者が許容（同意）あるいは禁止（不同意）した遊戯行為の範囲はどこまでか、錯誤にもとづく同意はやはり無効なものだったかそれとも有効だったと解すべきかといった諸点につき、若干の検討を加えたい。

## 1 法益関係の錯誤

本件管理者において遊戯行為の許容につき錯誤にもとづく同意があつたとすれば、そうした錯誤にもとづく同意の有効性判断にかかる議論を振り返しておく必要がある。その議論において現在とりわけ重要性を有しているのは、いわゆる法益関係の錯誤（説）という考えかたである。

たとえば次のように説かれる。

かつて、保険金詐取目的での同意傷害事案において、最高裁は次のような判断を示した。「なお、被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、たんに承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相

当である」(最決一九八〇年一月一三日刑集三四卷六号三九六頁)。

そして、はたしてこれが同意殺の事案だった場合、同意は無効とされ(同意殺人罪ではなく)殺人罪が成立するとしてよいかと問い、それは疑問であるとする(佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」法学教室二九五号一〇九頁)。

なぜなら「傷害罪の法益と関係のない利益侵害(この場合は詐欺)を考慮に入れて違法性を判断する点で、妥当ではない」からだとする(佐伯「同(2)」法学教室二九六号八六頁)。

もう一つのケースをあげることもできる。

追死の意思があると欺罔して先に自殺させた場合(いわゆる偽装心中)、自殺教唆か殺人か(自殺の意思は有効か無効か)というよく議論されているケースについて、法益関係的錯誤説では、「当該法益(自己の生命)に関連する」錯誤なら意思を無効ならしめるが、相手の追死の意思が真意かどうかは「他の法益(他人の生命)に関連する」にすぎないので、それに関する錯誤は自殺意思を無効ならしめない(自殺意思は有効)とするのである(佐伯・前掲「(1)」一六頁参照)。

その根拠として、自由意思の侵害(だまされること)から一般的に保護されるということは刑法上なく、また、当該法益(の保護)と無関係の利益侵害を理由に(重く)処罰することになってしまった点があげられている(同頁)。  
したがって逆に、「余命いくばくもない」とだまして自殺させる場合には法益関係的な動機の錯誤があり、自殺意思は無効となる(同一一七頁)。

しかしただちに次のような疑問が浮かぶ。

「余命がない」という錯誤か「一生寝たきり」という錯誤かで、生命保護において扱いを異にする理由があるかはま  
ずもつてうたがわしい。生命と生命周辺とを錯誤の重要性の点ではつきりと区別することは困難ではなからうか。

だとすれば、錯誤の重要性判断は、錯誤対象自体の種類如何といった基準によるのではなく、やはり、惹起された当  
該錯誤状況における自由意思に対する抑圧性の程度が、同意の有効性すなわち任意性を失わしめるものといえるかどう  
かという、同意の有効性・任意性評価の本質に立ち返ってなされることが必要であろう。

この意味において、いわゆる緊急状況の錯誤による法益関係の錯誤批判は有効なものとなる。

相手の追死の点は動機の錯誤にすぎないとする従来 of 立論も、同意の有効性は同意の任意性として評価されなければ  
ならないとの認識にもとづくものといえよう（同一一六―一七頁参照）。

一見、法益関係の錯誤の考え方が妥当性を有するように見える場合もある。たとえば、「対価を払うと偽りわいせつ  
行為をした場合が準強制わいせつとなるか」といったケース（同一一六頁参照）である。

しかし考慮されなければならないのはやはり、惹起された錯誤状況における抑圧性の程度が同意の任意性を失わしめ  
るほどのものであったかどうかである。

したがってここで重要なのは、単に錯誤が当該法益に関係したものであったかどうかということではなく、「対価の  
支払い」という虚偽の利益との引き換えに「性的自由」に対する「侵害」を許容したという当該錯誤状況（における抑  
圧性）に対する評価如何である。つまり、どのような利益取得の誤想にもとづいて、どのような利益交付に同意したの  
か。

## 2 試論

惹起された当該錯誤状況における自由意思に対する抑圧性の程度が、同意の有効性すなわち任意性を失わしめるものといえるかどうかという、同意の有効性・任意性評価の本質に立ち返った錯誤の重要性判断は、はたしてどのようなことになるだろうか。

おもうに、欺罔により被害者の内心では、現実の当該保護法益を優先させるか、それとも欺罔による誤想利益を優先させるかの（錯誤にもとづく仮装の）利益衝突状況が生じるが、誤想利益を優先させた場合がここでの問題である。

先に見たとおり、対立する両利益が同一法益と関係する（法益関係的錯誤である）ことは、そうでない場合と比較しても、なんら誤想にもとづく同意を有効とすべきか無効とすべきかの区別基準を提示するものではない。必要とされているのは、「惹起された当該錯誤状況における自由意思に対する抑圧性の程度が、同意の有効性すなわち任意性を失わしめるものといえるかどうかという、同意の有効性・任意性評価の本質に立ち返った錯誤の重要性判断」である。したがっていいかえれば、同意の有効性・任意性を失わしめるほど抑圧性・不自由性の高い錯誤状況（錯誤にもとづく仮装の利益衝突状況）を形成するのはいったいどのような場合であるかを判断する枠組が必要なのである。そしてそのような判断のひとつの手がかりとなりうる基準として、次のような思考をとらえることができるのではなからうか。すなわち、虚偽の大なる（より価値の高い）利益で瑕疵ある同意をみちびく行為であったならば、自律的決定（任意性）に対する高い侵害性をみとめることができる、と。

いいかえれば、誤想利益ないしそれにかかる意思決定の重要度と、じつさに犠牲にする現実の当該利益ないしそれにかかる意思決定の重要度とを比較するとき、客観的・規範的に、前者がより重要視され後者がより重要でないとき



る場合には、同意は抑圧的状况下で任意性を欠いてなされざるをえなかった判断であつて無効とされなければならない、逆に前者がより重要でなく後者がより重要視されるものである場合には、冷静な判断としてなされえたものとして同意の任意性はむしろうたがわれずなお有効となる。

とくに、誤想利益が経済的利益や人間関係・恋愛感情など（刑法上比較的保護価値が低いもの）で、現実利益が生命・身体・貞操など（刑法上比較的保護価値が高いもの）である場合、社会一般の価値基準あるいは刑法上の規範的評価からすれば、現実利益を優先させる選択がなされるはずであるから、欺罔により惹起された錯誤状況の抑圧性は基本的に高いものではないといえる。にもかかわらず、より重視されるべき・価値の高い現実利益をあえて犠牲にして、より重要でない誤想利益を優先させる意思決定がなされているということは、当該意思決定は抑圧性の高い状況下でなされた任意性にうたがいのあるものではなく、いわば冷静に判断された有効なものとするべきだということになる（たとえば、対価の支払いが約束されたことにより性交に同意した場合）。

逆に前者の誤想利益が生命を内容とし、後者の現実利益が身体や財産を内容とする場合（命が危ないとだまして手術し治療費を取る場合など）、刑法の規範的評価においてより重視されより保護価値の高い利益の保護をだしにして、より保護価値の低い利益の処分・犠牲を迫る場合には、社会の一般的評価ないし刑法の規範的評価に照らしたとき、当該錯誤状況は客観的ないし規範的に、自由な意思決定に対して抑圧性の高い、冷静な判断がなされない状況であつたといふことができ、したがつて錯誤は重要なものであり同意の有効性は否定されなければならない。

ただしこのような判断基準・判断枠組は、抑圧性の程度に関するひとつの類型的な基準を提示しうるにとどまり、「意思抑圧状況の切迫性」や「誤想利益の期待度（逆にいえばリスク）」や「併存的・付随的価値の存在」などの諸要素

により修正を受ける場合がある（いいかえれば切迫的状況の有無等による場合分けがかんがえられる。借金返済を迫られて肉體關係を許容したような場合など）。また、双方の利益が質的・規範的に同等である場合においては、刑法規範上の価値序列にしたがった判断が不可能であるため適用できない（この場合にはむしろ社会的意味における価値衡量、対立的利益間の相対的な評価が手がかりとなる）。これらの点は、ここで示した法益關係的錯誤（の比較衡量による相対的評価）の射程範圍の限界を示すものとかんがえられる（いいかえれば法益關係的錯誤はこうした限定的な意味のみをもちうるのではないか）。

### 3 強制にもとづく同意

右の試論に見た思考の枠組は、強制にもとづく同意の有効性評価とその本質においてはまさしく合致するものといえるようにおもわれる。なぜなら、いずれの場合でも、惹起された当該利益衝突状況における抑圧性によつて同意の任意性が失われたかどうかが、同意の有効性判断において問われなければならないとかんがえられるからである。

しかし判断基準の内容はむしろ逆転するようにおもわれる。つまり、強制（欺罔が脅迫の手段として用いられる場合も含む）が意思決定に対する抑圧性たりうるのは、むしろ価値の低い利益のために価値の高い利益を犠牲にせざるをえない心理状態に陥らせるという事態によるのであるから、錯誤にもとづく同意の判断の場合とは逆の判断基準が用いられなければならない。

したがって、強制にもとづく利益衝突状況において、たとえば生命という規範的にもっとも価値の高い現在利益の犠牲がしいられた一方で、その犠牲への同意が被害者にとつてなんらの利益ともならないと評価される場合には、同意の

有効性を否定する判断がなされる。

逆に、同様の場合において、犠牲への同意が被害者にとって（規範的には価値が低くても、主観的には）一定の利益・価値をなす場合と評価されうるならば、なお価値の高い利益が犠牲にされた場合であっても、抑圧性が減少していたとして同意の有効性を是認する場合がありえよう（広島高判一九五四年六月三〇日高刑集七卷六号九四四頁、また新潟地判一九九三年一月二六日判例タイムズ八一三三二五二頁も参照）。

他方、ここでの抑圧性評価に関してむしろ強制・脅迫の執拗さを指摘し、しかもそれだけでなくさらに、その行為動機の悪質性（財産的利益目的での自殺懲通）を考慮しているとおもわれる判例もある。

・保険金目的での執拗な自殺懲通行為を、自殺教唆ではなく殺人（未遂）としたもの（最決二〇〇四年一月二〇日刑集五八卷一号一頁）。

・借金返済をまぬかれる目的の欺罔・脅迫による執拗な自殺懲通行為を、自殺教唆ではなく殺人としたもの（福岡高宮崎支判一九八九年三月二四日高刑集四二卷二号一〇三頁）。

しかし、「強制にもとづく利益衝突状況において、たとえば生命という規範的にもっとも価値の高い現在利益の犠牲がしいられた一方で、その犠牲への同意が被害者にとつてなんらの利益ともならないと評価される場合」かどうかといった判断も妥当しうるだろう。

そしてさらに、「子供の命を救うために親に臓器移植を同意させた場合」などといったいわゆる「緊急状況の錯誤」に陥らせた場合における同意の有効性評価についても、やはり同様に、同意の任意性が問われなければならないから、

その本質において右に見てきた場合と合致する判断がなされなければならない。すなわち、「当該錯誤状況すなわち利益衝突状況における、規範的利益衡量による抑圧性評価」にもとづく同意の任意性・有効性の判断がなされるべきである。

具体的には、緊急性が強制による場合に準じてかんがえられるほど被害者にとって切迫した状況であるときには、強制にもとづく同意の場合の評価基準が妥当しよう。逆に、そうでない場合には錯誤にもとづく同意の場合の評価基準が妥当しうるだろう。

両者ないし両者の評価基準が区別可能であるのは、強制にもとづく同意の場合にはより高い価値を犠牲にすることについて、通常そのような選択がなされないことからまさに抑圧による任意性の欠如が認められるのに対して、錯誤にもとづく同意がより高い価値を犠牲にするかたちでなされた場合では通常そのような選択はむしろなされないものとかんがえられるから、あえてそのような選択をおこなったことについて抑圧による任意性の欠如は否定されたいえるからである。

#### 四 本件の検討

結論としては、体感器を持ち込み利用する行為が建造物侵入罪を構成するにとどまらず、体感器を作動させこれにしたがつてボタンを操作すること（この意味で物理的作用がないとはいえないのではないか。本田稔「パチスロ機に直接的な影響を与えない行為と窃盗罪における『窃取』の成否」法学セミナー六三二号一一九頁参照）大量のメダルを出させ店舗管理者の意に反してメダルを取得する行為もまたその限りでは窃盗罪を構成しうるだろう。

なぜなら、まず、先に見た相対評価の法益関係の錯誤判断をおこなう前提として、建造物侵入と窃盗とは問題となる法益関係が異なるから、両者をはっきりと分けて、それぞれ別個にとりあつかうのでなければならぬ。

さらに、実際に体感器をつけて利用した行為と、それ以外のたんに体感器を携帯しながら利用した行為も、わけてとらえなければならぬ。というのも、実際に体感器をつけて利用する行為にははじめからなんらの同意の存在もみとめられない（したがって上述のとおり、この範囲では窃盗罪を構成しうる）のに対して、後者の行為については、判例が「およそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らか」と確言するのに反して、いわゆる包括的同意の範囲内の行為というべきであって、したがってこの錯誤にもとづく（包括的）同意の有効性が問われなければならないからである。

後者の場合において対立している利益とは、誤想された「広く万人の比較的自由的自由な利用に供していることによる（営業上の）利益」と、犠牲にされた「そうした利用形態にともなうリスクを可能な限り回避する（営業上の）利益」とである。相対評価において関係する両利益ははっきりとした規範的価値基準にあてはまる利益ではないが、いつてみればともに財産的利益であり、こうした意味では規範的価値の程度差を手がかりとした判断はできない。

誤想された万人の自由な利用による（あるいはその場合における個々の客についての）営業上の利益と、犠牲にされた大損をする（一般的または個別的な）リスク回避の利益とをてんびんにかけた場合、社会的意味においてははっきりとした価値的差異があるということはむずかしいが、前者の利益と比較して後者の利益は決して小さいものではない。そして営業上両者の比較にもとづく判断は慎重になされているわけであるから、見込まれる前者の利益に釣られることが不可避な不自由な判断であったということは困難であろう。したがってなお包括的同意は有効なものと解しうる。

判例が広くもちいる「わかつていれば同意しなかったであろうといえる」という公式は、同意の重要性を問う契機を無視し、ささいな錯誤があるだけでも意に反したものだとして行為の違法を肯定してしまうという問題をふくんでいる。法益関係の錯誤の可能性のための考察や議論は、錯誤の意味を問うことを通して、可罰的行為の範囲を適正に画するための営為であるという本質を有するものである。

## 第二 心神喪失者等医療観察法は万能か

（最決二〇〇七年七月二七日裁判所時報一四四一号四頁）

### 一 決定の内容

決定の内容は以下のとおりである。

「主文 本件抗告を棄却する。

理由

本件抗告の趣意は、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（以下「医療観察法」という。）七〇条一項の抗告理由に当たらない。

なお、所論にかんがみ職権で判断すると、医療観察法の目的、その制定経緯等に照らせば、同法は、同法二条三項所定の対象者で医療の必要があるもののうち、対象行為を行った際の精神障害の改善に伴って同様の行為を行うことなく

社会に復帰できるようにすることが必要な者を同法による医療の対象とする趣旨であつて、同法三三条一項の申立てがあつた場合に、裁判所は、上記必要が認められる者については、同法四二条一項一号の医療を受けさせるために入院をさせる旨の決定、又は同項二号の入院によらない医療を受けさせる旨の決定をしなければならず、上記必要を認めながら、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律による措置入院等の医療で足りるとして医療観察法四二条一項三号の同法による医療を行わない旨の決定をすることは許されないものと解するのが相当であり、これと同旨の原判断は正当として是認できる。

よつて、同法七一条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する」。

## 二 検討

1 医療観察法適用にかかる解釈につき本決定がおこなつた判断とはすなわち、「対象行為を行つた際の精神障害の改善に伴つて同様の行為を行うことなく社会に復帰できるようにすることが必要な者」のすべてが「同法による医療の対象」となるというものである。

## 2

しかしこのような解釈は端的にいつて、同法四二条一項が一号から三号までに場合を分けることで「この法律による医療を受けさせる必要」にも程度の差があること、したがつて同三号には「医療を受ける必要」はあるが「この法律に

よる医療を受けさせる必要」はない者がふくまれるという当然の事理に反する。なぜなら、個々の対象者にみとめられる「医療を受ける必要」性の程度というものは、ゼロか通院か入院かというようにはつきりと三分されるようなものではないからである。

申立ての対象とされた者が鑑定入院等の手続を経るうちに状態が安定・改善した場合であっても、わずかな「医療を受ける必要」さえみとめられれば、だちに例外なく通院治療以上の医療の必要性がみとめられるとはいえない。状態の安定のほか、さらに「生活環境を考慮」するなどしたときには、ある程度の「医療を受ける必要」は否定されないという場合であっても、指定通院医療機関での「この法律による医療」を受けるよりも、個別的な状況にいつそう即応した医療を受けるべき場合がかんがえられるのではないか。この点に関して配慮のない本法の解釈・適用が、「社会復帰を促進すること」という本法一条一項がかかげる目的にかなうものとはとうていいえない。

## 3

また、医療観察法の制定経緯に照らすというのであれば、それはつねに濫用、適用範囲の拡張が危惧されつづけてきた歴史をもつものにほかならないのであって、刑法改正の綱領や予備草案の時代から処遇困難者の問題、池田小事件等を経て対象範囲がしぼり込まれ、重大犯罪に対象を限定するというかたちで現在のすがたをなすにいたっている。したがって、いったん申立てがなされた以上、わずかな医療の必要性にすぎなくてもそれは通院治療以上の必要性であるとして例外なくみなされなければならないなどという理解は、「医療観察法の目的」が、わずかでも医療の必要な対象者はすべてこの法によるべきという医療観察法万能主義を徹底することにあるというのでない限り、なんら医療観察法の制定



経緯に照らしてみちびかれうるものではない。

そしてとりわけ、最も危惧されそれゆえ厳に慎まなければならなかった点こそ、「この法律による医療を受けさせる必要」すなわち「同様の行為の再発」の「危険性」、「おそれ」を抽象的に認定することでもたりるとしてしまうことであつた。しかしそれは長年危惧されてきたとおり、そして歴史がくりかえし教えるとおり、今回もまたなんら省みられることなくゆるされてしまったといわざるをえない。

#### 4

以上のとおり、本決定が相当とした解釈は同法四二条一項の文理に反する。また、本法の目的や制定経緯、ならびにその適用範囲等にかんがみつつ実質的な考慮をくわえた場合でも、個々の対象者につき適当な医療をほどこしうるものとはいえず、かえつて不当に本法による処分の対象範囲を拡張するものといわざるをえないから、比例原則にもとり憲法三一条の趣旨に反するとともに、必要以上（または必要以外）の医療を強制することになる点で憲法一三条が保障するところの自己の（身体をふくめた）人格に関する自律的決定権を侵害する憲法違反の解釈といわざるをえない。

### 第三 暗証番号盗撮と建造物侵入・偽計業務妨害の成否

——あわせて、預貯金引出用カード電磁的記録不正作出準備の可能性について

（最決二〇〇七年七月四日裁判所時報一四三九号七頁）

#### 一 事実

原判決及びその是認する第一審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

- （１）被告人は、共犯者らと、本件銀行の現金自動預払機を利用する客のカードの暗証番号、名義人氏名、口座番号等を盗撮するため、現金自動預払機が複数台設置されており、行員が常駐しない同銀行支店出張所（看守者は支店長）に営業中に立ち入り、うち一台の現金自動預払機を相当時間にわたって占拠し続けることを共謀した。
- （２）共謀の内容は、次のようなものであった。

- ア 同銀行の現金自動預払機には、正面に広告用カードを入れておくための紙箱（以下「広告用カードホルダー」という。）が設置されていたところ、これに入れる広告用カードの束に似せたビデオカメラで現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する。盗撮された映像は、受信機に無線で送られ、それが更に受信機に送られて記録される。

- イ 被告人らは、盗撮用ビデオカメラと受信機及び受像機の入った紙袋を持って、目標の出張所に立ち入り、一台の現金自動預払機の前行き、広告用カードホルダーに入っている広告用カードを取り出し、同ホルダーに盗撮用ビデオカメラを設置する。そして、その隣の現金自動預払機の前の床に受信機等の入った紙袋を置く。盗

撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機の前からは離れ、隣の受信機等の入った紙袋を置いた現金自動預払機の前に、交替で立ち続けて、これを占拠し続ける。このように隣の現金自動預払機を占拠し続けるのは、受信機等の入った紙袋が置いてあるのを不審に思われないようにするためと、盗撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機に客を誘導するためである。その間、被告人らは、入出金や振込等を行う一般の利用客のように装い、受信機等の入った紙袋を置いた現金自動預払機で適当な操作を繰り返すなどする。

ウ 相当時間経過後、被告人らは、再び盗撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機の前に行き、盗撮用ビデオカメラを回収し、受信機等の入った紙袋も持って、出張所を出る。

(3) 被告人らは、前記共謀に基づき、前記盗撮目的で、平成一七年九月五日午後〇時九分ころ、現金自動預払機が六台設置されており、行員が常駐しない同銀行支店出張所に営業中に立ち入り、一台の現金自動預払機の広告用カードホルダーに盗撮用ビデオカメラを設置し、その隣の現金自動預払機の前床に受信機等の入った紙袋を置き、そのころから同日午後一時四七分ころまでの一時間三〇分間以上、適宜交替しつつ、同現金自動預払機の前に立つてこれを占拠し続け、その間、入出金や振込等を行う一般の利用客のように装い、同現金自動預払機で適当な操作を繰り返すなどした。また、被告人らは、前記共謀に基づき、翌六日にも、現金自動預払機が二台設置されており、行員が常駐しない同銀行支店の別の出張所で、午後三時五七分ころから午後五時四七分ころまでの約一時間五〇分間にわたって、同様の行為に及んだ。なお、被告人らがそれぞれの銀行支店出張所で上記の行為に及んでいた間には、被告人ら以外に他に客がいない時もあった。

## 二 判示内容

以上の事実関係によれば、被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入ったものであり、そのような立ち入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立ち入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくとも、建造物侵入罪が成立するものというべきである。

また、被告人らは、盗撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機の隣に位置する現金自動預払機の前の床にビデオカメラが盗撮した映像を受信する受信機等の入った紙袋が置いてあるのを不審に思われないようにするとともに、盗撮用ビデオカメラを設置した現金自動預払機に客を誘導する意図であるのに、その情を秘し、あたかも入出金や振込等を行う一般の利用客のように装い、適当な操作を繰り返しながら、一時間三〇分間以上、あるいは約一時間五〇分間にわたって、受信機等の入った紙袋を置いた現金自動預払機を占拠し続け、他の客が利用できないようにしたものであって、その行為は、偽計を用いて銀行が同現金自動預払機を客の利用に供して入出金や振込等をさせる業務を妨害するものとして、偽計業務妨害罪に当たるといふべきである。

## 三 検討

本決定の結論に対しては、次のような好意的なコメントが寄せられている。

ひとつは、公共的な空間では管理権者の意思は制約を受けるとかんがえられるが、本件では、デパートへの万引目的での立ち入り等と異なり、「公共的制約を考慮してもなお保護すべきと考えられる管理権ないし管理権者の意思」が認

められ、それが侵害されたと解しうるから、本決定の結論は支持しうるし、「盗撮と顧客誘導の意図を秘して一般客のように装ったことが『偽計』、相対時間現金自動預払機を占拠し続け、他の客が利用できないようにしたことが『業務妨害』に当たるとして、偽計業務妨害罪の成立も認めた」点については、従来の判例、学説からすれば、「おそらく異論のないところと思われる」とするものである（豊田兼彦「ATM盗撮と建造物侵入罪等の成否」法学セミナー六三三号（二〇〇七年九月）一一五頁参照）。

しかしなぜ本件のケースが「デパートへの万引目的での立入り等」と区別され、「公共的制約を考慮してもなお保護すべきと考えられる管理権ないし管理権者の意思」が認められ、それが侵害されたと解しうる場合にわたるのかの理由はあきらかにされていない。他人の通帳の番号や暗証番号を盗み見るつもりで店内に立ち入った場合や、実際にATMの前に立つて操作するふりをしながら横の客の手元を盗み見ていた場合とどう異なるのであろうか。

また業務妨害の点に関しても、盗撮中紙袋をおいていたATMは占拠されつづけたが別のATMは利用可能な状態にあったのであるから、最低限の具体性はある抽象的危険がみとめられるかは疑問である。銀行強盗のチャンスをうかがいながら店内のいすに座ったり、店内のボールペンで書くふりをする行為まで、それらを「客の利用に供して入出金や振込み等をさせる業務を妨害するもの」として、偽計業務妨害の抽象的危険のある行為とされてしまうおそれがある。

もうひとつの好意的なコメントは、「当該建造物の性質、使用目的、管理状況等に照らし、管理権者の意思がそのような違法目的による立入りを許さないというものである場合、その立入りの時点において、当該違法目的であることが分かつていたなら、その立入りは拒否されていたはずである。その意味で、当該違法目的での立入りは、管理権者による一般的・包括的な同意の範囲外であり、『管理権者の意思に反する立入り』と考えられる」とし、またさらに、『管

理権者の意思」を重視する判例の立場からすると、『管理権者の意思』の認定が極めて重要となる」とき、その認定にあたっては、「管理権者によって立入り拒否の意思が明示されている立入りであるか否か、立入り拒否の意思が明示されていないことも、当該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理者の態度、立入りの目的（立入り後に判明したものを含む。）などから、当該立入りを管理権者が容認していないと合理的に判断できるか否かという枠組により判断することになる」とするものである（伊藤栄二「現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、営業中の銀行支店出張所へ立ち入った行為について、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立するとした事例」研修七一二号一五頁以下、とくに二二頁以下参照）。

しかし、意思侵害を重視するならば、「その立入りの時点において、当該違法目的であることが分かっていたならば、その立入りは拒否されていたはずである」ということは、むしろわかっていなかった以上、意思侵害がなかったといわなければならないのであって、事実とは反対の仮定的事実にもとづいて不法事実を認定し、違法評価をまちびくことはあつてはならない。

また、「立入り拒否の意思が明示されていないことも、当該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理者の態度、立入りの目的（立入り後に判明したものを含む。）などから、当該立入りを管理権者が容認していないと合理的に判断できる」場合が比較的広く、「分かっていたなら、その立入りは拒否されていたはず」という単純な直感によりみとめられるとすれば、それは推定的同意による違法阻却がむしろ限定的にしかみとめられないことと比較するときには、あまりに安易な可罰範囲の拡大と評さざるをえない。とくに、自己の管理領域への予定外の他人の立入りが全般的にのぞまれないものであることはあきらかであるから、「意思に反する」ということの意味、重大性をなんら問題にすることなく、

意思に反しさえすれば違法性がみとめられてしまうといういわゆる意思侵害説における形式的な違法判断のあり方は、実質的違法性という観点からすると妥当なものではないし、予定外の立入りに対する容認が合理的に推断されるなどという場合が（それこそ推定的同意の適用場面として）かんがえられてきた、つまり積極的に正当化されるといふようなごく限定的な場合のほかには）ほとんどかんがえられないことからすれば、判断枠組として実質的な意味を有しているものともとうていいえない。具体的なケースに即して、「意思に反する」ということの意味・重大性、ないし、包括的同意の有効性が実質的に吟味されなければならない。

本件に関してはむしろ、預貯金引出用カード電磁的記録不正作出準備（刑法一六三の四・一項）の成否が問題とされるべきではなかったか。あるいはまた、犯罪行為の実態として同時期に存在したことが合理的に推測されるところの、預貯金引出用カード電磁的記録不正作出（刑法一六三の二・一項）、同供用（同二項）、両者の未遂（刑法一六三の五）、不正電磁的記録カード所持（刑法一六三の三）、預貯金引出用カード電磁的記録不正作出準備未遂（刑法一六三の四・一項、一六三の五）、ないし、預貯金引出用カード電磁的記録不正作出準備のうちの刑法一六三條の四第三項の罪（「第一項の目的で、器械又は原料を準備した者」）等の成否がかわせて問題とされえたであろう。